Personnalité morale : théorie de la réalité / théorie de la fiction

<u>INTRODUCTION :</u> Une personne morale est un sujet de droit autre qu'un être humain. Ici le sujet est un « groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète ». (CORNU)
Le groupement est considéré comme ayant une personnalité juridique distincte de celles des membres qui le composent mais à la différence des personnes physiques pour lesquelles la capacité de jouissance est la règle l'aptitude des groupements personnifiés à jouir de droits est encadrée par le principe de spécialités des personnes morales. En effet, il ne doit accomplir que les actes juridiques correspondant à son objet cependant il est vrai que l'objet peut être défini de manière large ou être modifié.

La summa divisio en la matière repose sur la distinction personne morale de droit public/personne morale de droit privé Nous n'envisagerons qu'ici brièvement les personnes morales publiques en disant qu'elles sont investies d'une mission d'intérêt général et disposent de prérogatives de puissance publique. Pour être complet il faut évoquer l'existence de personne morale de droit mixte telles les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC ; gestion commerciale et compétence des tribunaux de commerce) ou les ordres professionnels qui sont organiquement des personnes morales de droit privé mais qui sont investis de prérogatives de puissance publique.

Malgré cela il y a d'autres groupements et d'entités qui foisonnent dans notre société : la communauté de biens entre époux, la famille, l'entreprise en tant que telle c'est à dire en tant qu'elle repose sur la coopération du capital et du travail ; aussi pouvons nous constater l'apparition de structures nouvelles, -momentanées ou permanentes-, interentreprises. L'exemple des groupes de sociétés en est l'une des principales illustrations.
Nous pouvons donc nous apercevoir qu'il n'y a pas d'approche globale de la notion de personnalité morale.

<u>Quelle est la nature de la personnalité morale ?</u>

Cette question suscita une des plus belles controverses (de1850 à 1920 environ) que le droit ait connues ; car était en cause des questions fondamentales sur les notions de personnes, de patrimoine, de volonté, du rôle de l'Etat (la question des congrégations religieuses -séparation Eglise/Etat- ; avec la théorie de la fiction le législateur peut refuser la personnalité aux groupements qu'il ne désire pas reconnaître).
Initialement le code civil ignorait la personnalité morale et ce n'est que par une loi du 4 janv.1978 avec notamment l'article 1842 que la notion y est apparue. Mais on ne trouve énoncée dans la loi aucune théorie générale de la personnalité morale alors que de telles dispositions existent dans les législations allemandes et suisses.
De fait, cette théorie existe, résultat d'une systématisation doctrinale et jurisprudentielle : la théorie de la personnalité morale est écrite non dans la loi mais dans les ouvrages de doctrine et les arrêts de jurisprudence.

Nous verrons donc les solutions proposées par le droit positif mais auparavant seront examinées les différentes théories qui ont alimenté la controverse passée.

I. <u>LA CONTROVERSE DOCTRINALE</u>

La question de la volonté des PM était au centre de la controverse eu égard aux répercussions du débat sur les notions de sujet de droit et de droit subjectif. S'interroger sur la personnalité morale mène à expliquer comment des groupements juridiquement autonomes de leurs membres se voient attribuer des droits propres. Nous verrons ensuite que l'approche nouvelle de la notion de droits subjectifs proposée par Ihering fut une étape décisive.

1. Théories de la PM fondées sur la volonté

Il est question ici de la Willenstheorie développée par Savigny. Le raisonnement est le suivant : comme le droit subjectif est un pouvoir de volonté ; le seul sujet de droit possible est l'individu. A partir de cette hypothèse , on aboutit à trois grands systèmes relatifs à la nature des personnes morales.

2. La théorie de la fiction légale (théorie dite classique)

Cette théorie est mise en forme par Savigny et sera notamment adoptée dans ses grandes lignes par Aubry et Rau. Le système repose sur une coïncidence entre personnalité humaine et personnalité juridique
« Tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme. Aussi, l'idée primitive de personne ou sujet du droit se confond avec l'idée de l'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : chaque individu, et l'individu seulement à la capacité du droit » Savigny
Mais il reconnaît que le droit positif peut élargir la catégorie des sujets de droit au-delà des personnes naturelles en créant artificiellement une personne juridique : *« transporter la capacité du droit hors de l'individu »* Savigny
Ici naît la personnalité morale. Quant à la mise en œuvre des droits ainsi dévolus à cette être artificiel qui n'a pas de volonté propre ; Savigny fait appelle à un « remède artificiel » : la représentation. En effet, dans les statuts seront désignés des personnes physiques qui *voudront* pour elle ; autrement dit qui lui fourniront une volonté.
En résumé pour Savigny les personnes morales ont bien une volonté mais une volonté artificielle (par opposition à une volonté naturelle qui existerait dans le groupe à titre de caractère propre) attribuée fictivement à la collectivité grâce à la représentation. La personne morale serait un véritable incapable .La volonté ne se trouve donc pas au fondement de la personnalité morale elle n'est utile qu'à résoudre le problème induit par la reconnaissance de sujets de droit fictif.

Une autre conséquence de ce système est que la fiction est nécessairement l'œuvre de l'Etat car attribuer la personnalité juridique à une collectivité est un fait extraordinaire
Mais si l'Etat est l'auteur de cette personnification comment expliquer qu'il soit lui-même une personne morale…

3. Les théories négatrices de la personnalité morale

Le postulat des auteurs de cette théorie est le même que celui des tenants de la fiction. Sous l'influence de la Willenstheorie ils affirment que le sujet de droit a nécessairement une volonté ainsi ils ne reconnaissent pas une volonté collective issue du groupement lui-même distincte des volontés individuelles des membres du groupement. Mais eux vont rejeter la notion de personne morale en ce qu'elle attribue des droits à une personne distincte des individus associés. Les seuls sujets de droit étant les personnes physiques ; les prétendues personnes morales ne seraient pas les sujets même artificiels des droits qui leur sont indûment attribués. Ils ramènent les droits du groupe à ceux de ces membres individuels. Pour eux il ne s'agirait que de conséquences patrimoniales que veulent les membres du groupement.

On retrouve ici Planiol et sa théorie du patrimoine collectif, pour lui est propriétaire des biens apparemment appropriés par la personne morale, non le groupement, mais l'ensemble de ses membres : « *L'idée de personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective, à côté de la propriété individuelle. On s'imagine à tort que les sociétés modernes n'ont plus qu'une seule forme de propriété , celle que tout le monde connaît, la propriété d'un champ ou d'une maison appartenant à un particulier… ; sous le nom de personnes civiles, il faut donc entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masses distinctes, soustraites au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, les prétendues personnes n 'en sont pas : ce sont des choses.* »

Cependant à la différence de l'indivision aucun de ses membres n'a de droit individuel sur ces biens mais tous ont un droit global et collectif.

Cette analyse est critiquable car elle ne rend pas compte de l'aspect extrapatrimonial de la PM qui peut ester en justice, avoir un nom, une nationalité, un honneur. Ensuite il ne s'agit que d'une vision économique ; elle n'explique pas les associations désintéressées ni les PM de droit public qui ne se résument pas en un domaine public. Enfin elle donne une vision inexacte de l'appropriation que réalise la personne morale. M. Malaurie nous donne cet exemple : ainsi il est faux de dire que chaque Français a une fraction de la propriété du Louvre, propriété nationale. En réalité ces biens appartiennent à l'Etat , personne morale, dont il est le membre ; la personne morale existe : elle est un écran.

A côté de la théorie du patrimoine collectif on retrouve la théorie du patrimoine d'affectation de Saleilles. Elle consiste à dire qu'il est inutile de lier systématiquement l'existence d'un patrimoine à une personne. Pour les tenants de cette analyse la personne morale serait un patrimoine sans sujet, une masse de biens affectée à certaines fins (fondations, EURL). Cette explication ne prend pas en compte le fait que des personne morale puissent acquérir des biens au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir leur but ni que des personnes morales ne peuvent pas avoir de biens.

4. <u>L'affirmation de la volonté collective</u>

Montrer la réalité des personnes morales en conservant le postulat de la Willenstheorie suppose de prouver que le groupe est capable, de lui-même, de produire une volonté distincte de celle de ses membres. Contrairement à ce que postule la théorie de la fiction, le droit intervient ici pour reconnaître et non pour créer, une personne morale déjà existante puisqu'elle posséderait l'attribut justificatif de la personnalité juridique : la volonté. Le droit peut restreindre leur capacité mais il ne peut prendre qu'acte de la réalité des personnes morales à l'instar des personnes physiques qui existent objectivement avant toute reconnaissance légale.
« La capacité de vouloir et d'agir de la collectivité, comme celle de l'individu, reçoit du droit le caractère d'une capacité juridique, mais il n'est point créée par le droit. Le droit la trouve préexistante ; il la reconnaît et en délimite l'action. » Gierke

Cependant la notion de volonté collective demeure floue certes il y a bien un esprit commun, comme le soutient Hauriou, c'est à dire une certaine unanimité d'idées quant aux questions fondamentales intéressant le groupe mais en réalité nous sommes en présence d'un accord entre des volontés individuelles en vue d'un but donné.
Il est donc impossible d'établir formellement la preuve d'une volonté collective totalement indépendante des volontés individuelles qui concourent à la former.

Cette dernière théorie est quelque peu hybride en ce sens qu'elle reconnaît une personnalité juridique à un sujet de droit autre que les personnes physiques mais elle

reste attachée à l'idée que le sujet de droit doit être doué d'une volonté propre étant donné que de manière classique l'on définit le droit subjectif comme un pouvoir de volonté.

B. L'impact de la nouvelle définition des droits subjectifs

La nouvelle démarche consiste à abandonner le postulat de la Willenstheorie ce qui permettra à des auteurs d'élaborer une théorie antagoniste à la théorie classique de la fiction légale alors dominante.

1. L'abandon du postulat de la *Willenstheorie* (Théorie de la volonté)

Des auteurs comme Michoud ou Jellinek vont estimer que l'élément essentiel du droit se trouve ailleurs que dans la volonté du sujet. Ce qu'il faut bien comprendre c'est que la volonté reste importante pour l'exercice des droits mais que celle-ci ne joue plus le même rôle que dans la Willenstheorie où elle devait résider nécessairement dans le groupement personnifié. Ici une volonté juridiquement attribuée sera suffisante. Ainsi il n'est plus nécessaire d'apporter une hypothétique preuve de l'existence d'une volonté collective propre car l'élément fondateur de la personnalité et du droit subjectif n'est plus la volonté propre du groupe support de la personnalité morale.
Ihering va opposer à la conception dominante du droit subjectif comme pouvoir de volonté sa célèbre définition : « *les droits sont des intérêts juridiquement protégés ».*Le sujet de droit étant alors le destinataire du droit donc la volonté du sujet n'est plus source de sa personnalité. Il suffit de projeter en avant un intérêt collectif propre au groupe distinct des intérêts individuels de ses membres.
Toutefois pour Ihering seul l'homme individuel peut être le destinataire d'un droit et sa conclusion est proche de celles des tenants des théories négatrices de la personnalité morale.

Un auteur, Michoud, va exploiter cette nouvelle définition du droit subjectif comme base de sa démonstration de la réalité des personnes morales.

2. La théorie de la réalité

Michoud pense comme Ihering que l'élément essentiel du droit subjectif c'est l'intérêt et le sujet est celui à qui profite le droit. La volonté ne servant qu'à la réalisation de cet intérêt.
D'où sa définition « mixte » du droit subjectif qui serait : « *l'intérêt d'un homme ou d 'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre .»*
Le sujet de droit peut alors être dénué de volonté seule une volonté le représentant est nécessaire, celle-ci pouvant être individuelle. Il admet une dissociation entre la volonté purement formelle et le sujet titulaire de l' intérêt.
Il y aurait donc personnalité morale dès qu'existent des intérêts définis, distincts des intérêts individuels des membres du groupement, avec une organisation capable de dégager une volonté pour les défendre. C'est l'organisation juridique du groupe qui lui fournit une volonté, puisque c'est par cette organisation qu'elle se dote de représentants ou d'organes chargés de « vouloir » en son nom.
Cependant comme les intérêts de la personne morale et ceux de ses membres sont différents il en découle que la personne morale est un être absolument distinct des personnes qui l'ont constituée or l'intérêt du groupement c'est celui de ses membres Concernant les sociétés l'article 1833 du code civil est très clair : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »*

En fait l'intérêt de la personne morale résulte d'une sélection opérée au sein des intérêts individuels de ses membres ainsi l'on peut admettre les groupements personnifiés constitués ou devenus unipersonnels.

Il s'agit d'une conception formelle de la volonté des personnes morales mais la théorie de Michoud n'est pas purement juridique car il fonde son système sur la notion d'intérêt collectif qui est un élément relatif au groupe envisagé comme le support de la personnalité morale. Les positivistes avec en chef de fil Carré de Malberg franchissent l'étape ultime en affirmant que la personnalité morale est une réalité exclusivement juridique fondée sur des éléments purement formels : l'organisation unifiante est pour eux le seul élément fondateur de la personnalité morale En effet pour le positiviste la seule réalité dont le juriste doivent tenir compte est la réalité juridique. Il suffit que la volonté de certains membres du groupe soit juridiquement considérée comme étant celle du groupe pour que la volonté des personnes morales ne soit plus une fiction.

Le Code civil ne consacre aucun chapitre et, jusqu'en 1978, ne consacrait même expressément aucun article à la personnalité morale. Cette attitude traduisait, en 1804 , une réaction contre les pratiques de l'Ancien régime et une méfiance envers les groupements de toutes sortes qui avaient autrefois ébranlé l'autorité de l'Etat et étroitement limité la liberté individuelle.

II. L'EVOLUTION DU DROIT POSITIF

Il n'y a aucune disposition générale dans le code civil, il appartenait aux juridictions de déterminer si en l'absence de dispositions spéciales, la personnalité pouvait être reconnue aux groupements. Puis un constat sera fait de la multiplicité des interventions législatives spéciales conférant ou refusant la personnalité morale à certains groupements.

A. Les solutions prétoriennes

La Cour de cassation a évolué en la matière passant d'une hostilité de principe à des solutions plus libérales.
Fortement attachée, au cours du XIXe siècle, à la thèse classique de la fiction qui je le rappelle consiste à interpréter le silence de la loi comme un refus du législateur de conférer la personnalité morale, la Cour de cassation a été progressivement conduite à l'abandonner. La première phase de l'évolution est relative à la jurisprudence sur les sociétés civiles mais la consécration de la théorie de la réalité technique ne sera scellée qu'en 1954 par le célèbre arrêt « comité d'établissement ».

1. Les sociétés civiles

Il s'agit de l'arrêt **Banque générale des Alpes-Maritimes C. Rigal** du 23 février 1891.
Cet arrêt se situe encore dans une perspective classique.
Trois individus fondent une société civile en vue de spéculations immobilières. Un des associés consent une hypothèque à un tiers sur un des immeubles acquis. Cette hypothèque était contestée. Jusqu'alors les tribunaux décidaient qu'il existait une indivision entre les associés, le code n'ayant pas donné expressément la personnalité

morale aux sociétés civiles, pour conclure à la validité de l'hypothèque sur la part indivise de l' auteur. La cour d'appel en décida autrement et la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Dans son attendu la Cour de cassation énonce « *qu'il est de l'essence des sociétés civiles ,aussi bien que des sociétés commerciales de créer au profit de l'individualité collective des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et droits de chacun de ses membres.* » Ceci est contraire à la théorie de la fiction mais elle ajoute : « *que les textes du Code civil personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais de rapports d'associé à associé et en mettant toujours les associés en rapport avec la société* ». Elle conclut que les immeubles n'était pas la copropriété indivise des trois associés mais la propriété exclusive de la société et donc que l'hypothèque isolément consentie à un tiers par un des membres de la société est nulle. En effet, on ne peut accorder une sûreté sur un bien dont on n'est pas le propriétaire.

Une partie de la doctrine contesta cette argumentation notamment cette personnification légale expresse. En définitive, il s'agit plutôt d'une reconnaissance implicite par le législateur de la personnalité juridique des sociétés civiles.

Cependant l'étape décisive dans l'élaboration prétorienne de la théorie de la personne morale ne sera franchie qu'environ 50 ans plus tard.

2. Les comités d'établissement

L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise a prévu la création au sein des entreprises composées d'établissements distincts de comités d'établissement. Les textes avaient prévu expressément la personnalité civile aux comités d'entreprise mais rien n'était dit au sujet des comités d'établissement. Les tribunaux déduisirent de ce silence qu'ils ne pouvaient avoir de personnalité distincte de celle du comité d'entreprise. Solution d'un grand classicisme fidèle à la théorie de la fiction.
Mais le 28 janvier 1954 par l'arrêt **Comité d'établissement de Saint-Chamond C. Ray la Cour de cassation** énonce dans son attendu principal que *« la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (qu') elle appartient ,en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement protégés. »*
Au regard de la théorie générale de la personnalité morale cet attendu condamne la thèse de la fiction. La formule contient les critères nécessaires à la reconnaissance de la personnalité morale en dehors de toute attribution légale.
D'abord une possibilité d'expression collective ce qui sous-tend une organisation de base ; puis l'existence d' intérêts licites dignes d'être juridiquement protégés.
C'est la consécration de la thèse de la réalité technique de la personne morale.

Mais l'arrêt « comité d'établissement » édicte également « *que si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie de groupements, il en reconnaît au contraire implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes crées par lui-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice »*
Il faut en déduire qu'un groupement peut être doté de la personnalité morale sans indication expresse du législateur mais l'arrêt n'en rattache pas moins la personne morale à la volonté du législateur explicite ou implicite. D'ailleurs dans l'arrêt de 1891 sur les personnes civiles la volonté du législateur n'était pas si expresse que cela.
Pour les juges la personnalité morale se rattache toujours à la volonté du législateur même implicite et donc si le texte est muet sur le sujet il faut voir si les conditions de la réalité technique sont réunies.

Cependant la Cour de cassation a ensuite confirmé cette solution en 1956 en affirmant la personnalité de la masse des créanciers dans la faillite alors qu'aucun texte ne fait allusion à cette personnalité (Com. 17 janvier 1956).

B. Les personnes morales et le législateur

La loi est intervenue à de nombreuses reprises pour prendre le soin d'affirmer voir d'écarter la personnalité morale. Cela remet-il en cause le principe doctrinal et prétorien selon lequel la personnalité morale peut être reconnue à des groupements qui ne l'ont pas expressément reçue de la loi ?

1. Les multiples interventions du législateur

Il arrive que le législateur précise que tel ou tel groupement ne possède pas la personnalité morale pour dissiper un doute (article 1871 du Code civil pour les sociétés en participation, loi du 23 décembre 1988 pour les fonds communs de placement ou fonds communs de créances) ; ou la possède pour les mêmes raisons (loi du10 juillet 1965 pour les syndicats de copropriétaires), ou dans un but de haute police (cas des congrégations religieuses et de certaines associations). Dans ce dernier cas, ce pouvoir de privation doit s'exercer dans le cadre des exigences constitutionnelles ; ainsi l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées ne peut être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi (CC 16 juillet 1971).

Enfin, il se peut que le législateur fixe la date d'apparition de la personnalité morale. Ainsi, les sociétés commerciales ne jouissent de la personnalité morale qu'à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (article 5 alinéa 1er de la loi du 24 juillet 1966), les sociétés civiles étant également soumis à la formalité de l'immatriculation (article 1842 alinéa 1 Code civil) et les fondations ne jouiront de leur capacité juridique qu'à compter de la date d'entée en vigueur du décret en Conseil d'Etat accordant la reconnaissance d'utilité publique (article 18 alinéa 2 de la loi du 23 juillet 1987).

2. Signification du phénomène : consécration de la théorie de la fiction ?

Ce qui est sûr c'est que dans l'octroi de la personnalité morale le législateur est quasiment souverain et réciproquement il bénéficie d'un pouvoir restrictif. Il prive de la personnalité morale des groupements qu'il considère comme illicites.
On peut ensuite constater que la somme des dispositions légales expresses, positives ou négatives, réduit l'intérêt pratique de savoir s'il existe d'autres personnes morales, en dehors de celles que la loi reconnaît.
Faudrait-il reconnaître que les multiples interventions légales ont tranché le débat même en son principe ? La loi a-t-elle consacré en sa faveur la théorie de la fiction ? La conception jurisprudentielle est-elle compatible avec l'intervention du législateur ? Le silence du législateur équivaut-il à un refus implicite ?

Des auteurs comme Cornu et Terré ne le pense pas, parce que des groupements dont la personnalité juridique a été reconnue par la jurisprudence n'ont pas vu leur capacité juridique consacrée ou retirée par une loi postérieure ; c'est le cas des comités d'établissement. Cette jurisprudence confirme l'adhésion de la Cour de cassation à la théorie de la réalité.

La consécration en 1989, par la Cour de cassation, de la personnalité civile des comités de groupe par application des critères de la réalité technique démontre que le silence de la loi n'interdit pas implicitement l'application de la jurisprudence de 1954. Si son application demeure résiduelle, celle-ci demeure active.
Inversement, la jurisprudence dénie à un groupement la personnalité juridique non qu'elle n'aurait pas été concédée par la loi mais au motif qu'émanant d'une organisation syndicale, la section syndicale d'entreprise ne réunit pas les critères qui feraient reconnaître une personne morale autonome (Soc. 22 mars 1979). C'est à dire ceux de la réalité technique.

Incertitude de la notion de personnalité morale.
Développement de techniques concurrentes à cette institution : l'indivision, patrimoines d'affectation créés par le législateur sous l'appellation de fonds commun de placement (copropriété de valeurs mobilières) ou fonds commun de créances.

La notion de personne morale ne permet pas de rendre compte de certains phénomènes, tels les groupes de sociétés ou l'entreprise, parce que ces entités n'ont pas de patrimoine propre distinct de celui de leurs membres. C'est ce qui peut rendre difficile l'approche du droit des personnes morales dans une optique orienté sur la situation des personnes physiques.
Pour conclure je citerai Joseph Hamel qui déjà en 1949 écrivait : *« à mesure qu'apparaissent des entités juridiques sans personnalité morale, il est de plus en plus évident que la notion de personne morale est essentiellement une notion de droit des biens et des obligations ».*